



Universidad
Carlos III de Madrid

 **-Archivo**

Repositorio Institucional

ESTUDIOS SOBRE EL FUTURO CÓDIGO MERCANTIL

Libro homenaje al profesor

Rafael Illescas Ortiz



Portellano Díez, Pedro. El seguro de caución directa. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1740-1765. ISBN 978-84-89315-79-2.
<http://hdl.handle.net/10016/20999>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia
Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0
España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

EL SEGURO DE CAUCIÓN INDIRECTA

PEDRO PORTELLANO DÍEZ*

Resumen

El presente trabajo aborda una cuestión relativa al seguro de caución sobre el que la doctrina o guarda silencio o parece encallar. Se trata de la referencia que hace la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados a la “caución indirecta”, a la que, sin embargo, no alude la Ley de Contrato de Seguro. Su significado y trascendencia práctica han venido permaneciendo ocultos. Este estudio pone al descubierto cómo al amparo de aquella figura es posible canalizar determinadas operaciones internacionales de seguro, que se sustentan sobre un complejo entramado contractual. Pero la caución indirecta también permite suministrar cobijo normativo a una posible estrategia cooperativa entre los dos rivales tradicionales del mercado de las garantías: los bancos y las aseguradoras de caución. Algunas de las cuestiones que parecían pacíficas en la tradicional visión del art. 68 LCS se reavivan y adquieren nueva luz al hilo del análisis de la caución indirecta.

Contenido

1. Crisis económica y revitalización del seguro de caución. – 2. La misteriosa figura de la caución indirecta: origen legal e intentos doctrinales de descifrado. – 2.1. Génesis. Caución directa *versus* caución indirecta. – 2.2. Del silencio doctrinal a ciertos ensayos hermenéuticos. – 3. La alargada sombra de la terminología alemana en materia de garantías. – 4. Variantes de la caución indirecta. – 4.1. Caución indirecta “de primera generación”. – 4.2. Caución indirecta “de segunda generación”.

1. CRISIS ECONÓMICA Y REVITALIZACIÓN DEL SEGURO DE CAUCIÓN

La crisis económica ha actuado al menos como coadyuvante de numerosas reformas legislativas que han venido teniendo lugar en los últimos años. Las turbulencias económicas no solo han generado una intensa actividad legislativa de las Cortes Generales (en forma de leyes) y del Gobierno (a través de reales decretos-leyes). También han llegado al estudio más sosegado de las instituciones mercantiles. En unos casos se ha inducido y, en otros, acelerado su replanteamiento. Quizás los exponentes más destacados sean el Derecho Concursal y el Derecho de Sociedades. En ambos casos

* Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER 2011-25237 (Derecho Mercantil y análisis del Derecho VI), dirigido por el Prof. C. Paz-Ares, y financiado por el Ministerio de Educación y Cultura. El autor agradece a Álvaro López-Jorrín y Guillermo Muñoz Alonso sus comentarios y observaciones.

las reflexiones más pausadas, además, han desembocado o se han visto acompañadas de modificaciones legales de hondo calado. Pero naturalmente los nuevos vientos no se han frenado en esos dos campos. Como llevaría demasiado lejos el análisis de todos los sectores que se han visto afectados, convendrá recalar en uno de ellos, el Derecho de Seguros¹.

Para tomar conciencia de la profunda afectación de las nuevas circunstancias al Derecho de Seguros bastaría con adentrarnos en las Directivas conocidas como “Solvencia II” y en “Omnibus II”². Desde luego, esas normas comunitarias están llamadas a modificar, sustancialmente en algunos aspectos, la actividad aseguradora. Pero su relevancia, aun siendo acentuada, se centra fundamentalmente en los aspectos regulatorios³. Sin embargo, el objetivo de este trabajo es más modesto. Aunque guarda una estrecha relación con la vertiente regulatoria del seguro (tanto comunitaria como nacional), está dirigido a la otra faceta del seguro, la contractual, y dentro de ésta la relativa a un determinado seguro. En concreto, los nuevos aires que todo lo rodean nos conducen a revisitar –aun en ausencia de modificación legislativa– un ramo de seguro ciertamente peculiar y que viene experimentando en los últimos años un notable auge. Nos referimos al seguro de caución. A él la Ley del Contrato de Seguro le dedica un solitario precepto: el art. 68. De acuerdo con este artículo, el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones (legales o contractuales) a indemnizar al asegurado los daños sufridos dentro de los límites establecidos por la ley o por el contrato. Y finaliza señalando que todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador.

No puede decirse que en la praxis española tradicionalmente el seguro de caución fuera poco conocido. Aunque en teoría su utilidad es prácticamente ilimitada, de hecho su desenvolvimiento ha venido estando muy ligado a incumplimientos muy

¹ A esta elección ha contribuido el hecho de que el Prof. R. Illescas Ortiz, al que muy modestamente homenajeamos con esta pequeña contribución, sea –entre otras muchas cosas– un destacado y reconocido especialista en Derecho de Seguros.

² “Solvencia II” alude a la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio. Por su parte, “Omnibus II” es la Directiva 2014/51 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014 por la que se modifican las Directivas 2003/71/CE y 2009/138/CE y los Reglamentos 1060/2009, 1094/2010 y 1095/2010 en lo que respecta a los poderes de la Autoridad Europea de Supervisión –Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación– y de la Autoridad Europea de Supervisión –Autoridad Europea de Valores y Mercados.

³ Un proceso muy similar acaban de vivir las entidades de crédito. Este paralelismo no es fruto del azar. Entidades aseguradoras y entidades de créditos son piezas centrales del sistema financiero, muy socavado por la crisis. Con relación a las entidades de crédito, v. el Real Decreto–Ley 14/2013 y la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito, por cuya virtud se ha ido recogiendo en la legislación interna lo dispuesto por la normativa comunitaria. Nos referimos básicamente el Reglamento 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión; y a la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión.

concretos⁴. Su hábitat natural ha sido determinados sectores de actividad (la construcción) o para cubrir los derechos de unos acreedores muy especiales (las Administraciones Públicas)⁵. También en otros sectores o frente a otros sujetos se hacía uso del seguro de caución. Pero su arraigo no era particularmente vigoroso. O al menos no lo era tanto como su competidor: las garantías bancarias. En efecto, a la hora de garantizar el cumplimiento de una obligación contractual, el gran rival de las aseguradoras de caución siempre han sido las entidades de crédito, particularmente desde que la garantía bancaria más demandada fuera la denominada “a primer requerimiento” o “a primera demanda”⁶. Desde una perspectiva funcional, garantías bancarias y seguro de caución cumplen la misma misión: la cobertura del interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación del deudor. Pero, desde luego en el caso nacional, a favor de la garantía bancaria a primer requerimiento jugaba, por un lado, que –precisamente– era bancaria (dato muy importante para una sociedad tan “bancarizada” como lo ha sido tradicionalmente la española); y, por otro lado, que lo era “a primer requerimiento”. No podemos detenernos ahora en las características de la garantía a primer requerimiento⁷. Baste ahora señalar que su autonomía respecto al contrato subyacente genera mucha mayor confianza en el beneficiario de la garantía que un tradicional seguro de caución en el que la aseguradora podía negar el pago si el asegurado no acreditaba el incumplimiento o el tomador alegaba que no se había producido tal circunstancia. Todo ello en un marco de recelo generalizado hacia la institución del seguro. No hace falta invocar fuente alguna para decir que –fundada o infundadamente– en nuestro país durante muchas décadas a las pólizas de seguros se les ha venido achacando gran oscuridad; y, a las aseguradoras, una sistemática renuencia a la hora hacer efectivo el pago de indemnizaciones.

La rotundidad con la que los bancos venían imponiéndose a las aseguradoras en el mercado del crédito se está últimamente suavizando. Varias circunstancias lo explican. Algunas ya arrancaron antes de la crisis (la caución a primer requerimiento), aunque con motivo de la actual coyuntura económica se ha incrementado la tendencia

⁴ EMBID, J.M., “Problemas actuales del seguro de caución”, VV.AA, *Las tendencias actuales de los contratos de garantía*, ANGULO, L.-CAMACHO DE LOS RÍOS, J.-HOYOS, C. (dir.), Atelier, Barcelona, 2005, p. 51.

⁵ En todos esos casos, sea por la naturaleza de los posibles incumplimientos o por el acreedor asegurado, la ley prevé expresamente la posibilidad de seguro de caución. Desde esta perspectiva, por lo que se refiere a la edificación, v. art. 19 de la Ley 38/199, de Ordenación de la Edificación, (aunque v. también Ley 57/1968, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas y la Orden, del Ministerio de Hacienda, de 29 de noviembre de 1968 sobre seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para su construcción); y con relación a la Administración Pública como asegurado, v. arts. 96 y 97 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁶ Con acierto así lo señaló en su momento SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primer demanda*, Centro de documentación bancaria y bursátil, Madrid, 1995, pp. 130 y 131.

⁷ Del tema nos hemos ocupado recientemente en nuestro trabajo “First demand guarantees under Spanish law”, en VV.AA., *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr*, GRAF VON WESTPHALEN, F./ZÖCHLING-JUD, B. (eds.), 4ª ed., Fachmedien Recht und Wirtschaft-dvf Mediengruppe, Frankfurt, 2014, p. 739 y ss.

del mercado hacia ese tipo de producto (v. *infra* A). Otras, como es el estrangulamiento del mercado del crédito, son propias de los actuales momentos (v. *infra* B). Veámoslas.

A) El primer hito que permitió a las aseguradoras de caución ganar terreno frente a las entidades de crédito fue la generalización (aun cuando el asegurado no fuera una Administración Pública) del seguro de caución “a primer requerimiento”⁸. Su esencia, al igual que en las garantías bancarias homónimas, consiste en hacer inoponible frente al acreedor (es decir, frente al asegurado) las excepciones que pudieran surgir tanto de la relación subyacente (la existente entre, típicamente, el deudor/tomador y el acreedor/asegurado) como de la relación entre el deudor/tomador y la aseguradora⁹. Tanta es la expansión del seguro de caución a primer requerimiento, que hoy en día, salvo que el acreedor/asegurado sea muy poco sofisticado o muy tolerante, no se conformará con un seguro de caución tradicional¹⁰.

⁸ Sobre la plena licitud del seguro de caución “a primer requerimiento”, v., entre otras, las STS 16 febrero 1983 (RJ 1983, 10379), y 13 diciembre 2000 (RJ 2000, 10438).

⁹ Por citar un estudio reciente sobre el seguro de caución a primer requerimiento, v. BUSTILLO, M.M., *Sobre la atipicidad de las garantías a primera demanda y del seguro de caución*, Comares, Granada, 2014, p. 263 y ss.

¹⁰ El Anteproyecto de Código Mercantil, en su art. 582–39, regula el seguro de caución; y al hacerlo, reproduce la actual dicción del art. 68 LCS. Pero añade una novedad (v. TAPIA, A.J., “Los contratos de seguro y de mediación de seguros en la «propuesta de Código Mercantil»”, *RDM*, 292, 2014, p. 41), que se arrastra desde el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de junio de 2010 (v. CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Comentario al art. 63 del Anteproyecto”, *RES*, 143-144, 2010, pp. 803 y 804). En efecto, el apartado 2 del proyectado art. 582–39 establece: “Será necesaria la autorización expresa del asegurado para resolver el contrato de seguro de caución por causas distintas al mero transcurso del plazo de duración establecido”. Se ha dicho, en tono elogioso, que la finalidad del nuevo inciso es proteger al asegurado, sobre todo, frente al riesgo de que como consecuencia del impago de la prima por parte del tomador, el asegurador no indemnice al asegurado porque haya resuelto el contrato de seguro (art. 15 LCS; art. 581-14 del Anteproyecto) (así CAMACHO DE LOS RÍOS, *ult.op.loc.cit.*, que ya antes había propiciado esa solución en su obra *El seguro de Caución. Estudio crítico*, Mapfre, 1994, pp. 106 y 107; BUSTILLO, *Atipicidad...*, *op. cit.*, pp. 294 y 295). A nuestro juicio, la regulación proyectada presenta problemas de entidad. (i) En primer lugar, si la preocupación del pre-legislador es el impago de la prima, existen en el panorama comparado soluciones más equilibradas. Este es el caso de la regulación portuguesa. De acuerdo con ella, salvo que se trate de una caución “a primer requerimiento” (cláusula de inoponibilidad en la terminología lusa), antes de resolver el contrato de seguro, el asegurador deberá informar del impago de la prima al asegurado para que éste pueda pagar y así evitar la resolución (art. 164 del *Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril, de Regime Jurídico do Contrato de Seguro*). (ii) En segundo lugar, resulta llamativo que en caución se vaya más allá del ramo de seguro en el que el perjudicado tiene la máxima protección: el seguro de responsabilidad civil. En éste, si el tomador no paga la prima y el contrato ha quedado resuelto, el perjudicado no podrá dirigirse contra la aseguradora. (iii) En tercer lugar, aun cuando admitiésemos como tolerables las dos objeciones anteriores, la imposibilidad de resolver el contrato es extraordinariamente onerosa para las aseguradoras cuando el seguro de caución incluye “covenants financieros”. Nos explicamos. En efecto, el estándar de mercado en seguros de caución es que cuando la eficacia frente al asegurado del seguro de caución es superior a un año, la prima se periodifica anualmente (la explicación de este comportamiento responde a la lógica de la competencia: los bancos no cobran de una sola vez la comisión por emisión de garantías; y, por tanto, las aseguradoras de caución, de facto, tampoco pueden cobrar la prima de una sola vez; y, en consecuencia, si las aseguradoras cobraran la prima de una sola vez estarían en desventaja competitiva). Ello implica que las aseguradoras asuman el riesgo de que, pagada la primera anualidad, el tomador no pague alguna de las sucesivas. Pero lo relevante para la aseguradora no es tanto el pago de la prima –que, por supuesto, es su precio– como la posibilidad de ejercitar la acción de reembolso una vez pagado al asegurado; y esa acción

B) El segundo hecho que ha atenuado la total preponderancia de las entidades de crédito se explica por la crisis. Esta ha traído un severo estrangulamiento del mercado de crédito en el más amplio sentido del término. En la práctica empresarial, la emisión de garantías por parte de los bancos se incardina a menudo en contratos de apertura de crédito. La petición de una garantía, y correspondiente emisión, supone pues consumo de la cantidad disponible por parte del acreditado. En un entorno en el que el número de empresas en dificultades financieras ha aumentado sustancialmente, la consecuencia natural es que en muchos casos las líneas de crédito estén totalmente dispuestas. En estas situaciones, el recurso al seguro de caución se muestra como una sólida alternativa, pues evidentemente “no consume” crédito a efectos del correspondiente contrato bancario.

Y cuando la suma disponible no se ha agotado, en ocasiones se prefiere no hacerlo en previsión de futuras necesidades de financiación a cargo de la línea de crédito bancario¹¹. Pero incluso siendo la suma disponible aún grande o no habiendo

no se perjudica por el impago de la prima; esta se puede agregar a la cantidad exigida en concepto de reembolso (así, por ejemplo, parece que sucedió en el caso que dio lugar a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid de 18 febrero 2013, de la que da cuenta MUÑOZ PAREDES, M.L., “Seguro de caución y concurso del tomador”, *Anuario de Derecho Concursal*, 30, 2013, p. 307 y ss.). Las aseguradoras de caución incluso asumen el riesgo de que el tomador incumpla sus compromisos de anticipación de la acción de reembolso en cuanto el asegurado reclame el pago, es decir, lo que se conoce en el lenguaje del sector como “*cash cover*”. Y en esos dos casos sin perjuicio de las acciones contractuales que correspondan a la aseguradora frente al tomador por sus incumplimientos. Donde verdaderamente la aseguradora corre un importantísimo riesgo financiero es cuando se dispara la probabilidad de que resulte infructuoso el ejercicio (incluso judicial) de la acción de reembolso contra el tomador. Pues bien, para (legítimamente) protegerse de ese riesgo las aseguradoras introducen los “*covenants* financieros”. Dicho término hace referencia a los coeficientes o magnitudes relativas al estado patrimonial del tomador (*vgr.*, el *ratio* de endeudamiento sobre fondos propios, o sobre beneficio operativo o EBITDA, etc.) utilizados por las aseguradoras para asegurarse de que los tomadores operarán de manera financieramente prudente para asegurar el, en su caso, reembolso a la aseguradora. Al tiempo, permiten a las aseguradoras vigilar el riesgo asumido frente al tomador y su posible insolvencia, anticipando la misma y otorgando la posibilidad de reaccionar mediante mecanismos que sean coherentes con las posibles acciones de reintegración de la Ley Concursal. Cuando se introducen “*covenants* financieros” en una póliza es porque para la aseguradora es condicionante esencial de la suscripción del seguro. Sin ellos, no lo habría hecho (o lo habría hecho pero con una prima mucho más elevada). Por tanto, cortar de raíz la posibilidad de las aseguradoras de resolver el contrato en caso de incumplimiento de dichos “*covenants*” no resulta acertado. (iv) La modificación que introduce el Anteproyecto de Código Mercantil no solo es poco feliz. Además es innecesaria. Lo es porque en el seguro de caución el mercado funciona. Dada la pujanza de los seguros de caución a primer requerimiento y la general sofisticación de los acreedores que aceptan seguros de caución en lugar de una garantía bancaria a primer requerimiento, los acreedores, cuando lo estimen oportuno, sabrán bien cómo protegerse. Si existen sectores de la contratación donde por sus características (construcción, Administraciones Públicas) se estima que el mercado presenta disfuncionalidades o se precisa un plus de protección que exigen la intervención coactiva del Legislador, establézcase para dichos sectores la regla de la imposibilidad de resolver el contrato de seguro por causas distintas al mero transcurso del plazo de duración (de hecho así sucede: *v. supra* nota núm. 5). Pero no se convierta lo que debe ser una excepción, ya no en la regla general sino en la regla en todo caso.

¹¹ Además el seguro de caución reporta una ventaja adicional ya no frente al banco con el cual se tiene la línea de crédito, sino frente a otras entidades crediticias. No figura como riesgo en la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE), ya que las aseguradoras no tienen la

previsión de necesidades de financiación, un seguro de caución a primer requerimiento puede dar mayor confort a un acreedor que una garantía bancaria a primer requerimiento. Todo dependerá del emisor. Cuando la reputación (en términos de buen pagador) de la entidad de crédito o su *rating* son bajos, el acreedor sofisticado tiende a preferir un seguro de caución a primer requerimiento si la reputación o el *rating* de la aseguradora son superiores. Tampoco parece indispensable abundar en los motivos por los cuales el *rating* de muchas entidades de crédito nacionales ha disminuido (por contraposición al mantenimiento del de muchas aseguradoras, particularmente, cuando esas hallan insertas en grupos multinacionales)¹².

Pero al margen de las circunstancias ya descritas, las aseguradoras de caución – según intentaremos mostrar– aún tienen margen para mejorar su posición; o, al menos, disponen de instrumentos técnico-jurídicos para lograrlo. Pero –y esto es lo que ahora queremos subrayar– esa mejora no se haría a costa de la posición de los bancos. Sería fruto de una estrategia cooperativa entre ambos tipos de entidades financieras. El vehículo de la cooperación se encontraría en una cierta variante de la modalidad del seguro de caución denominada “caución indirecta”. Pero para llegar ahí, el primer paso de nuestra investigación ha de dirigirse a identificar qué es “caución indirecta” (por contraposición a “caución directa”). Daremos cuenta de su origen legal y de los intentos de la doctrina por atribuir a cada una de esas categorías un significado (v. *infra* 2); aunque, a la postre, desentrañaremos el significado de la “caución indirecta” gracias a la terminología empleada por la doctrina germana en cierto ámbito (v. *infra* 3). Por último, nos ocuparemos de las diversas variantes de “caución indirecta”, dejando para el final aquella que permite articular aquella estrategia cooperativa a la que aludíamos (v. *infra* 4).

2. LA MISTERIOSA FIGURA DE LA CAUCIÓN INDIRECTA: ORIGEN LEGAL E INTENTOS DOCTRINALES DE DESCIFRADO

No son pocos los trabajos que nuestra doctrina ha dedicado al seguro de caución y, en correspondencia, múltiples las cuestiones analizadas¹³. Pero, salvo muy contadas excepciones, se ha soslayado sistemáticamente el desciframiento del significado de la “caución indirecta” o, si se prefiere, la diferencia entre “caución directa” y “caución

consideración de entidades declarantes (v. arts. 59 y 60 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero; art. 1 de la Norma primera de la Circular 1/2013, de 24 de mayo, del Banco de España, sobre la Central de Información de Riesgos.

¹² En general, sobre la trascendencia de los *ratings* en los mercados financieros, v. TAPIA HERMIDA, A.J., *Las Agencias de Calificación Crediticia. Agencias de Rating*, Aranzadi, 2010, pp. 27-37; y, respecto a las entidades de seguro, v. nuestro trabajo *El reaseguro: nuevos pactos*, Thomsom, Cizur Menor, 2007, pp. 54 y 55.

¹³ Por no cansar al lector con una extenuante enumeración de monografías, artículos y comentarios de sentencias relativas al seguro de caución, le remitimos a la recopilación bibliográfica recogida por TIRADO, F.J., “Comentario al art. 68”, en VV.AA., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 59/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 1461-1463.

indirecta”. Ninguno de esos dos términos aparece en el –ya indicado– único precepto que la LCS dedica al seguro de caución (art. 68). Donde comenzaron a emplearse, y aún hoy sigue haciéndose, es en las normas que se ocupaban –y ocupan– no de los aspectos contractuales del seguro, sino de los regulatorios. Por eso advertíamos que el objeto de este trabajo aun recayendo sobre una cuestión contractual, guardaba estrecha relación con la vertiente regulatoria del seguro.

2.1. Génesis. Caución directa *versus* caución indirecta

La primera vez que en el Derecho español se hizo uso de los términos “caución directa” y “caución indirecta” fue en la Orden de 29 de julio de 1982 por la que se clasificaban los ramos de seguros. Su art. 2 señalaba que, entre los ramos de seguros distintos al de vida, se encontraba –según indicaba el epígrafe 15– el seguro de caución, y se añadía *“Comprende las siguientes modalidades: a) Caución directa. b) Caución indirecta”*. Desde entonces dicha distinción se han venido manteniendo de manera ininterrumpida en todas las normas que han establecido los distintos ramos del seguro distinto del de vida: Orden de 7 de septiembre de 1987 por la que se desarrollaban determinados preceptos del Reglamento de Ordenación del Seguro Privado; Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 1995; y, finalmente, el Real Decreto Legislativo 6/2004, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados¹⁴.

El problema de interpretación del alcance de esa distinción entre caución directa e indirecta radica en que no tiene reflejo en el art. 68 LCS. Este precepto solo suministra una definición del seguro de caución. Los pocos autores que se han ocupado de la cuestión han intentado explorar en los antecedentes legislativos y en la legislación comparada para asignar un contorno preciso a cada una de esas modalidades de seguro de caución. Sin embargo, los resultados, según se nos dice, no han sido nada gratificantes.

En efecto, a pesar de que el seguro de caución es una figura aseguratoria antigua, ni las fuentes legales ni doctrinales históricas recogen aquella distinción. En el plano del Derecho positivo, aparece por primera vez, y en este punto hay consenso, en la Directiva 73/239/CEE, relativa a las condiciones de acceso al estatuto de empresa aseguradora en los ramos no-vida. Pero esa norma comunitaria se limitaba a establecer que, como ramo independiente, el seguro de caución tenía dos modalidades: la caución directa y la indirecta. Sus “considerandos” no arrojaban luz alguna.

En las correspondientes normas de ordenación del seguro de los Estados miembros de la entonces Comunidad Económica Europea se recogió dicha distinción, pero nunca se traspasó a la regulación contractual del seguro de caución o, si se hizo,

¹⁴ Igualmente aquella distinción se mantiene en el actual Borrador del Anteproyecto de Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradora. Ese borrador lo hemos consultado en la web de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones; accesible en <http://www.dgsfp.mineco.es/direcciongeneral/JuntaConsultiva/Documentos/JCOrden06052014/ALOSSEAR%20%2028%2004%202014%20para%20JCSFP.pdf>.

nunca se le asignó contenido¹⁵. Y en España sucedió exactamente lo mismo. La citada Orden de 29 de julio de 1982 fue dictada en pleno proceso de negociación para la adhesión a la CEE. Como en tantos otros ámbitos, también en lo concerniente a los distintos ramos de seguro el legislador nacional ya iba haciendo converger la normativa interna con la comunitaria en la previsión de una pronta incorporación a la CEE. Así se desprende claramente de las palabras previas que preceden al articulado de dicha Orden¹⁶. La aprobación de esa Orden y su mención a las dos modalidades de caución (directa e indirecta) no fue seguida, sin embargo, de la modificación de la LCS, que había entrado en vigor tan solo quince meses antes.

2.2. Del silencio doctrinal a ciertos ensayos hermenéuticos

Si a la falta de explicación en la Directiva 73/239/CEE sobre el sentido de la diferencia entre las dos modalidades de seguro de caución, se añade que esa Directiva no supuso una modificación de la normativa contractual del seguro de caución, la consecuencia era previsible: un clamoroso silencio en el panorama doctrinal comparado en torno a la figura de la caución indirecta¹⁷.

Y otro tanto cabe decir de los autores españoles que se han ocupado del seguro de caución. Solo unos pocos han ensayado una interpretación sobre el sentido de la diferencia entre caución directa e indirecta. De acuerdo con cierta exégesis —si nosotros alcanzamos bien a entenderla—, la caución directa sería aquella descrita en el art. 68 LCS. Como caución indirecta encontrarían cobijo aquellos seguros, que aun cuando funcionalmente concedan garantía, no encajarían en el esquema del art. 68 LCS. El amparo normativo de esta lectura —se dice— se encontraría en la LOSSP, cuyo actual art. 4 prohíbe a las aseguradoras (so pena de nulidad de pleno derecho), “*el ejercicio de cualquier otra actividad comercial y la prestación de garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora*”. Por tanto, se dice, *a contrario* es posible la prestación de “otros tipos de garantías” (instrumentalizadas a través de un seguro) distintas del seguro

¹⁵ Portugal es el caso paradigmático de inclusión de las referencias a la caución directa e indirecta en una regulación contractual pero sin dotarles de sustancia o contorno. Nos referimos, en concreto, al *Decreto-Lei* n.º 183/88 relativo a los seguros de crédito y caución. No obstante, como veremos a su debido tiempo, doctrina y jurisprudencia lusas han realizado una encomiable labor (v. *infra* 4.2).

¹⁶ “*Con objeto de facilitar el otorgamiento de la autorización administrativa para el ejercicio de la actividad aseguradora, es conveniente concretar la clasificación de los ramos de seguros a los efectos de dicha autorización; para ello, tanto la Comunidad Económica Europea como la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, han aprobado sus respectivas clasificaciones de ramos, entre las que existen pequeñas diferencias y que deben ser tenidas en cuenta en nuestro país, acomodándonos a su terminología*”.

¹⁷ Basta una ojeada a dos clásicos en materia de seguros, en dos países donde el seguro de caución se utiliza intensamente (Reino Unido y Alemania) para darse cuenta del silencio sobre la materia: COLINVAUX, R., *Law of insurance*, 8ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2006; PRÖLSS, J.-MARTIN, A., *Versicherungsvertragsgesetz*, 27ª ed., Beck, München, 2004. Como ya se ha advertido, resultan excepcionales —y no demasiado remotas en el tiempo— las voces de quienes han prestado atención a la caución indirecta. A ellas haremos alusión en su debido momento (v. *infra* 4.2).

de caución del art. 68 LCS y del seguro de crédito del art. 69 LCS. En otras palabras, se concluye, seguro de caución indirecta equivaldría a seguro de caución “atípico”¹⁸.

En esa misma línea, se sitúan los que postulan que debería considerarse caución indirecta aquellos seguros en los que, otorgándose funcionalmente garantía por un incumplimiento, el seguro de caución no es por cuenta ajena sino por cuenta propia. Y esta visión se vería soportada por el carácter esencialmente de gran riesgo del seguro de caución (art. 44.2 LCS en rel. arts. 2 y 107 LCS)¹⁹.

Estos posicionamientos vienen a allanar, en cierto modo, el camino hacia la comprensión del seguro de caución indirecta. Pero una cierta labilidad y la fundamentación jurídica esgrimida les resta –a nuestro juicio– fuerza heurística²⁰. Por lo que atañe a lo primero, no se acaba de concretar –o al menos ejemplificar– los supuestos típicos de caución indirecta. En lo concerniente a lo segundo (fundamentación jurídica), ni el art. 4 LOSP ni el bloque formado por los arts. 44.2, 2 y 107 LCS permiten desentrañar la significación que haya de atribuirse a la modalidades de caución directa y caución indirecta. Todas esas normas puedan ayudar a dar cuenta de la licitud de lo que se entienda por caución indirecta. Pero no desvelan su esencia ni sus rasgos característicos.

En efecto, por lo que atañe al art. 4 LOSP, adviértase que su finalidad no es otra que la de impedir que las entidades aseguradoras actúen como garantes si la función de garantía no deriva de un contrato de seguro. En otras palabras, en la medida en que esa función se derive de un contrato de seguro, estaremos ante una actuación “*propia de la actividad aseguradora*”. En caso contrario, la actuación estará prohibida y lo realizado será nulo de pleno derecho. Se guarda así coherencia con una cuestión capital en el mundo del seguro. Una aseguradora debe dedicarse con carácter exclusivo a la práctica de operaciones de seguro o de actividades con ella relacionadas o auxiliares (además de a la inversión de su patrimonio)²¹. Por tanto, poco o nada nos dice el art. 4 LOPS sobre qué deba entenderse por seguro de caución indirecta²².

¹⁸ Así BARRES, M.P., *Régimen jurídico del Seguro de Caución*, Aranzadi, Cizur Menor, 1996, pp. 123 y 219. A esta opinión se sumó EMBID (“Problemas actuales...”, *op. cit.*, p. 51); y a partir de ahí VEIGA, A.B. (*Tratado del contrato de seguro*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009; p. 759; y del mismo, “Contrato de seguro”, en VV.AA, *Tratado de Contratos*, BERCOVITZ, R. (dir.), V, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 6869); y, parece, recientemente BUSTILLO, *Atipicidad...*, *op. cit.*, p. 266, cuando señala: “...en el supuesto de caución directa contemplado por la ley...”.

¹⁹ Al parecer en la misma línea, TIRADO, “Comentario”, *op. cit.*, p. 1474.

²⁰ Así BATALLER, J. (“El seguro de caución en España”, *RDM*, 224, 1997, pp. 879 y 880), sin finalmente asignar una significación precisa a la caución indirecta, ha insistido en la importancia de no hacer una interpretación a contrario desmesurada de ese precepto, por un lado; y, por el otro, ha considerado no aceptable de *lege lata* (si acaso de *lege ferenda*) la posibilidad de que el seguro de caución sea por cuenta propia.

²¹ La doctrina ha defendido que es lícita la prestación de garantías en tanto se integre como acto complementario a la actividad aseguradora (v. MARIMÓN, R./ BATALLER, J., “Las sociedades anónimas de seguros y la facultad de avalar a sus administradores”, *RDBB*, 68, 1997, p. 1375). Sin embargo, el Tribunal Supremo se muestra extraordinariamente estricto. Y así la Sentencia 19 noviembre 2008 (RJ 2009, 392) declaró nula la garantía (consistente en la pignoración de una cuenta bancaria a plazo fijo) otorgada por una aseguradora en garantía de un préstamo que un banco había otorgado a una agencia de seguros. El Alto Tribunal señaló: “no parece dudoso que por “avales o garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora” deban entenderse todos aquellos avales o garantías que no sean

Y lo mismo ocurre con el bloque integrado por los arts. 44.2, 2 y 107 LCS. Tampoco el carácter esencialmente de gran riesgo del seguro de caución permite explicar adecuadamente el sentido de la caución indirecta. Es lógico. Baste con tener en cuenta que la aparición en el Derecho comunitario del concepto “gran riesgo” (y sus implicaciones) procede de la Directiva 88/357/CEE, quince años posterior en el tiempo a la Directiva 73/239/CEE, que es la que introdujo los términos “caución directa” y “caución indirecta”. Así pues, la sucesión cronológica entre aquellas dos Directivas y su distancia temporal nos alerta de que no encontraremos en el concepto “gran riesgo” respuesta al interrogante de qué ha de entenderse por “caución indirecta”. Donde la hallaremos en realidad será en los antecedentes para-legislativos de la Directiva 73/239/CEE. Lo comprobamos a continuación.

3. LA ALARGADA SOMBRA DE LA TERMINOLOGÍA ALEMANA EN MATERIA DE GARANTÍAS

Como hemos indicado, la primera vez que se alude en los textos normativos a dos modalidades de seguro de caución (la directa y la indirecta) fue en la Directiva 73/239/CEE. Pero la razón de ser de esa referencia se encuentra realmente en un Informe publicado dos años antes, en 1971 (aunque al parecer fue finalizado en 1969), y quizás por su limitada difusión ha pasado prácticamente inadvertido²³. En efecto, en esa fecha el *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* de Hamburgo elaboró, a instancias de la Comisión de la entonces Comunidades Europeas, un estudio sobre el seguro de caución en los –por aquellos momentos– seis Estados integrantes (Alemania, Francia, Italia, Holanda, Bélgica y Luxemburgo). El Informe llevaba por título *The suretyship in the law of the Member States of the European Communities*²⁴.

los que la entidad tiene que prestar como tal compañía de seguros, según no deja de advertir el propio tribunal sentenciador cuando se refiere al seguro de caución y al de defensa jurídica [...] Se trata, en suma, de una prohibición rigurosa que tiene por finalidad que las compañías de seguros, sometidas a un severo control público en beneficio primordialmente de los asegurados y del sector asegurador contemplado en su conjunto, no comprometan sus recursos en ninguna actividad que no sea la propiamente aseguradora”. Sin embargo, la sentencia de apelación de la que la de casación trae causa (la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 noviembre 2002; JUR 2003, 192109) consideró lícita la garantía.

²² El art. 4 del actual Borrador del Anteproyecto de Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradora mantiene, en los mismos términos empleado por el actual art. 4 LOSSP, la prohibición de prestación de garantías

<http://www.dgsfp.mineco.es/direcciongeneral/JuntaConsultiva/Documentos/JCOrden06052014/ALOSSEAR%20%2028%2004%202014%20para%20JCSFP.pdf>.

²³ No parece que nuestros tratadistas hayan reparado en su existencia ni, desde luego, en su enorme trascendencia para comprender la figura de la caución indirecta.

²⁴ Bajo la dirección de Ulrich DROBNIG, los autores del Informe fueron BERNSTORFF, WUPPERMANN, LUTHER, EINMAHL, RABELS, BRUNS, THOMAS. Apareció publicado en la colección *Competition: Approximation of legislative Series*, Brussels, núm. 14. Cinco años más tarde (en 1976) con motivo de la adhesión a la CEE del Reino Unido e Irlanda se publicó un complemento (en la

Con el objetivo de preparar, en su caso, el terreno para una eventual armonización de las legislaciones de los Estados miembros, el Max-Planck-Institut, a lo largo de más de cien páginas, aborda las similitudes y divergencias respecto al seguro de caución en aquellos seis países²⁵. Y aunque no era el objetivo único del Informe, aquella institución analiza con detenimiento cómo puede afectar al desenvolvimiento del seguro de caución que asegurado, tomador y aseguradora de caución (respectivamente “*beneficiary*”, “*principal*” y “*surety*” en la terminología anglosajona) no se encuentren localizados en el mismo país. Es en este marco de facilitación de operaciones intracomunitarias (y en referencia conjunta a todo tipo de instrumentos que, en última instancia, cumplan una función de garantía, emitidos por bancos o por aseguradoras de caución), cuando el Max-Planck-Institut distingue entre garantías directas e indirectas. Por las primeras entiende aquellas en las que estando el “*beneficiary*” (de una garantía bancaria o de un seguro de caución) en un país distinto al del banco o al de la aseguradora, cualquiera de esas dos entidades emite la garantía. Pero cuando, por comodidad o desconfianza, el “*beneficiary*” quiere que quien asuma el compromiso, frente a él, esté localizado en su mismo país, entonces el banco o la aseguradora de caución se ve obligado a acudir a un corresponsal de ese último Estado que emita la garantía. En este último caso, el Informe habla de garantía “indirecta”²⁶.

Como se aprecia, en la asimilación funcional (no necesariamente de régimen jurídico) entre garantías bancarias y seguros de caución que hace el Informe al que nos venimos refiriendo, el Max-Planck-Institut aprovechó una terminología muy consolidada en la doctrina alemana en sede de garantías bancarias para referirse, por un lado, a la garantía “*directa*” que se emite por una entidad a petición de un deudor, y, por el otro, la emisión de la garantía “*indirecta*” que hace un corresponsal a petición de otra entidad que, a su vez, ha sido instada por un deudor²⁷.

misma colección, y con el número 28): *The law of suretyship and indemnity in the United Kingdom of Great Britain and North Ireland and Ireland*. Su autor fue Trevor C. HARTLEY.

²⁵ De hecho, el Max-Planck-Institut acompañó su estudio de un borrador de propuesta (“*draft*”) de regulación comunitaria del seguro de caución, compuesto por diez artículos.

²⁶ Estas son exactamente las palabras empleadas en el Informe (p. 23): “*EEC securities.- In this study this term denotes personal securities which cross the frontiers of a Member State but remain within the territory of the European Communities [...]. In the private sector banks and insurance companies very often furnish suretyships or guarantees in favour of a foreign creditor at the request of a domestic debtor [...]. International securities are given in two forms, direct and indirect. In the former, a domestic guarantor (usually at the request of a principal residing in the same country) gives the security directly to a foreign creditor. If, however the creditor will accept as security only suretyships (or guarantees) of the same nationality as himself—as is almost always the case with public agencies and very often with private creditors too—an indirect course has to be taken. The guarantor requests a correspondent in the creditor’s country to furnish the security*”.

²⁷ El arraigo en Alemania de esta terminología se aprecia, entre muchos, en GRAF VON WESTPHALEN, “Rechtsverhältnis: Bank-Begünstigter im Fall einer “indirekten” Garantie”, en VV.AA., *Bankgarantie*, GRAF VON WESTPHALEN/ZÖCHLING-JUD (eds.), 4ª ed., p. 263 y ss. En nuestra doctrina, dicha terminología ha sido recogida por SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Contrato autónomo...*, op. cit., p. 243. En cambio, otro sector de la doctrina nacional parece referirse con el término “garantía indirecta” a la contragarantía que el banco instructor otorga a favor del segundo banco que emite la garantía a favor del beneficiario (v. BUSTO, J.M., *Las Garantías Personales Atípicas en el Ordenamiento Jurídico Español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 275).

La Directiva 73/239/CEE intenta reflejar esas dos realidades y, sobre todo, darles carta de naturaleza. Para ello, hace uso de la terminología empleada en aquel Informe. Y cuando una aseguradora de caución (de un determinado Estado) asume, sin intervención de otras entidades, compromiso frente al beneficiario o asegurado entonces realiza caución “directa”. En cambio, cuando intervienen dos entidades, entonces se tratará de una caución “indirecta”²⁸. En definitiva, será caución directa cuando la relación sea trilateral. Cuando sean cuatro los implicados entonces (dos de ellos el deudor y el acreedor de la relación subyacente) entonces será una caución indirecta²⁹.

Naturalmente debemos apresurarnos a advertir que la circunstancia de que una de esas dos entidades financieras involucrada en la caución indirecta sea extracomunitaria no afecta a la calificación de caución indirecta. Cuestión distinta es cómo les puede afectar el hecho de que la extracomunitaria no goce de las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios. Pero ésta es una cuestión que excede sobradamente el objeto de nuestro estudio. En lo que debemos concentrarnos a partir de ahora es en abordar los principales problemas jurídicos que presenta la caución indirecta y, sobre todo, en cómo la caución indirecta –dentro de esa idea cuatripartita– puede legítimamente seguir evolucionando.

4. VARIANTES DE LA CAUCIÓN INDIRECTA

Los antecedentes históricos han evidenciado que la caución indirecta en la que pensaba el legislador comunitario (y a partir de ahí de los nacionales de los Estados miembros) es aquélla en la que a raíz de la concertación de un seguro de caución, la aseguradora necesita (o le resulta conveniente) el auxilio de otra entidad aseguradora o de otra naturaleza jurídica. A esta variante de caución indirecta la denominaremos “de primera generación” (v. *infra* 4.1). Pero junto a ella, ha surgido otra variante en la que el desencadenante no es la concertación de un seguro de caución, sino que éste se celebra a resultas de que una entidad, que no es una aseguradora, ha emitido una garantía. A esta variante la llamaremos “de segunda generación” (v. *infra* 4.2).

²⁸ Precisamente solo alguno de los autores interesados por la caución con un perfil más profesional que académico (nos referimos a HOYOS, C., *El seguro de caución: una aproximación práctica*, Fundación Mapfre, Madrid, 2007, p. 128), habla brevemente de “*fronting*” o “garantías indirectas” (sin referencias a la LCS ni a la LOSP) para señalar que es cuando “*interviene una cuarta parte que es el banco o compañía de seguros del país local, ya que normalmente es una exigencia del beneficiario que el contrato sea garantizado por una institución local*”.

²⁹ Ciertamente estamos efectuando una cierta simplificación con el fin de esclarecer la materia. Somos perfectamente conscientes de que en no pocas ocasiones hay cuatro elementos personales y, sin embargo, no hay seguro de caución indirecta. Y no lo hay porque la aseguradora que recibe la petición de emitir una garantía no acude a otra entidad para que preste dicha garantía, sino que el cuarto elemento personal es precisamente el deudor, porque tomador y deudor no coinciden. Nos estamos refiriendo al supuesto de que una sociedad matriz (que asume el papel del tomador) contrata con una aseguradora un seguro de caución a fin de que esa indemnice al acreedor de una filial del tomador para el supuesto de que esa filial incumpla sus obligaciones para con su acreedor.

4.1. Caución indirecta “de primera generación”

Con el término caución indirecta “de primera generación” queremos referirnos a aquella variante en la que el desencadenante de la estructura de la operación es la concertación de un seguro de caución y, en la que, por determinadas razones, interviene, además, otra entidad, sea aseguradora o no. Por tanto, en el conjunto de la operación, junto al tomador y asegurado, participan en la operación otras dos entidades: una aseguradora (o instructora) y otra entidad (aseguradora o no) conocida como emisora o corresponsal. Conviene dejar claro que quienes son parte del contrato de seguro son el tomador y la primera aseguradora (o instructora). No es parte, sin embargo, la segunda entidad (o corresponsal o emisora). Lo que sucede es que la primera aseguradora instruye a la entidad corresponsal o emisora para que, frente al asegurado, asuma el compromiso de indemnizar al asegurado en caso de incumplimiento de las obligaciones del tomador para con el asegurado. La prima es pagada por el tomador a la aseguradora instructora, no a la entidad emisora, con independencia de que esta última sea o no una aseguradora.

La razón de ser de la caución indirecta de “primera generación” –según se ha indicado– suele estribar en la exigencia del asegurado de que la entidad que presta el compromiso de pagarle radique en su mismo país. Los motivos que generalmente inducen a esa exigencia son la desconfianza o inseguridad jurídica que le genera la intervención de una entidad foránea. Pero puede haber otras causas. Desde la mayor facilidad procesal que puede suponer, en caso de conflicto judicial, demandar a quien radica en el mismo Estado, hasta impedimentos a la actividad de aseguradoras extranjeras en un determinado país. En efecto, cuando la operación es extracomunitaria, las regulaciones internas puede que no permitan la actividad de aseguradoras de distinta nacionalidad. No debe olvidarse que el seguro sigue siendo una actividad fuertemente regulada.

Pero la caución indirecta de “primera generación” naturalmente no tiene que circunscribirse a operaciones extracomunitarias. También dentro del ámbito de la Unión Europea tiene cabida. Cuando una aseguradora radicada en el mismo Estado miembro que el tomador no ha cumplido los trámites para operar en otro Estado miembro habrá de acudir a un corresponsal. Normalmente cuando la aseguradora instructora forma parte de un grupo multinacional, el papel de corresponsal lo cumple otra filial del grupo de la misma nacionalidad que el asegurado.

No obstante, debemos apresurarnos a advertir que el elemento internacional no es esencial al seguro de caución indirecta de “primera generación”. Tan solo es *id quod plerumque accidit*. Puede que existan razones por las cuales, aun estando el asegurado en el mismo país que la aseguradora (con la que el tomador ha contratado) no se juzgue conveniente mostrar al asegurado un compromiso de pago, y por ello, acuda a un corresponsal³⁰.

³⁰ Supongamos que, con motivo de otro contrato (por ejemplo, un seguro de incendios), aquel asegurado y la aseguradora están manteniendo una batalla judicial porque ese asegurado considera que la aseguradora no ha honrado sus compromisos contractuales (los del seguro de incendio). En esta situación, el

Esta variante de seguro de caución indirecta, nadie puede negarlo, es respetuosa con el art. 68 LCS. La tríada formada por asegurador, tomador y asegurado se corresponde con tres personas distintas. Eso sí, con la peculiaridad de que interviene un cuarto elemento. Este es fruto del desdoblamiento en dos de la posición del asegurador. Por un lado, está el asegurador instructor (que es quien contrata con el tomador); y, por el otro, la entidad emisora, que, aun no siendo parte del contrato de caución, es quien asume frente al asegurado el compromiso de pagarle llegado el caso. Vistas las cosas en términos materiales y no puramente nominales, si por asegurador entendemos el que ha de pagar al asegurado (*ex art. 1 LCS*), el que, al final, asume las obligaciones propias del asegurador es una entidad que no es parte del contrato de caución: la entidad emisora.

El esquema cuatripartito del seguro de caución indirecta plantea diversas cuestiones. Pero muchas de ellas pueden resolverse mediante una adecuada aplicación (esto es, *mutatis mutandis*) de la doctrina que se ha ido forjando en torno a las garantías bancarias indirectas, particularmente, las garantías a primer requerimiento. Y a ella nos remitimos³¹. En cualquier caso, resulta ineludible afrontar los principales problemas que, desde la perspectiva del Derecho de seguros, se plantean: el vínculo, por un lado, entre aseguradora instructora y entidad emisora (v. *infra* A); y, por el otro, entre asegurado, aseguradora instructora y entidad emisora (v. *infra* B).

A) En lo atinente a la relación entre aseguradora instructora y entidad emisora debemos distinguir dos planos: cuando la instructora solicita a la emisora que asuma el compromiso de pagar al asegurado (v. *infra* i), y la vehiculización de la obligación de pago que la instructora tiene frente a la emisora una vez que esa última ha pagado al asegurado (v. *infra* ii).

i) La solicitud de la emisora a la instructora de que esa última asuma el compromiso de pagar al asegurado, y la correspondiente aceptación, constituyen un contrato de comisión. La aseguradora instructora asume el papel de comitente y la entidad emisora de comisionista. La comitente (aseguradora instructora) mandata a la comisionista (entidad emisora) para que esta última asuma en nombre propio la obligación de pagar al asegurado (arts. 244-246 CCo).

La calificación contractual de comisión se mantiene aun cuando la entidad emisora sea una aseguradora. No se trata de un reaseguro en el que la instructora cedería en reaseguro el seguro de caución a la aseguradora emisora. No está

asegurado desconfiaría de un seguro de caución en el que la aseguradora es la misma que, respecto al seguro de incendios, le ha negado la indemnización (o es sensiblemente inferior a la que el asegurado esperaba). En este caso sería comprensible que la aseguradora decidiera acudir a otra entidad para que actuara como emisora.

³¹ Para una primera aproximación a la materia, pueden consultarse los trabajos de BUSTO, J.M., “Contrato de garantía a primer requerimiento”, VV.AA, *Tratado de Contratos*, BERCOVITZ, R. (dir.), IV, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 4800 y ss.; A. CARRASCO, “Garantías a primer requerimiento”, en VV.AA., *Tratado de los Derechos de Garantía*, en CARRASCO-CORDERO-MARÍN, I, 2ª ed., 2008, Thomson, Cizur Menor, 2008, pp. 544 y 545; y, con más detalle, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Contrato autónomo...*, *op. cit.*, p. 231 y ss.

presente el elemento definitorio del reaseguro tal y como lo configura el art. 77 LCS. Y no se da porque –parafraseando ese precepto– el rol de la emisora no es indemnizar a la instructora por el daño que esa última pueda sufrir al tener que pagar al asegurado lo pactado en el seguro de caución. La instructora no es la que tiene que pagar al asegurado. Por el contrario, quien asume *prima facie* frente al asegurado el compromiso de indemnizarle es la emisora. Es ella, y no la instructora, la que ha de dar la cara. Ya sabemos que en eso consiste el mandato que la instructora (comitente) da a la emisora (comisionista): que asuma en nombre propio la obligación de indemnizar al asegurado³². Precisamente porque la aseguradora emisora no es cesionaria de un eventual reaseguro cedido por la instructora, los reaseguros por tratado que tenga la emisora con reaseguradores no cubren esa operación³³. En otras palabras, en el supuesto de que la emisora haya de pagar al asegurado no podrá dirigirse contra su reasegurador para recuperar la cantidad abonada. Habrá de acudir a la aseguradora instructora³⁴.

ii) Cuando la entidad emisora no es una aseguradora, no hay duda de que, con base en el art. 278 CCo, la instructora, en su calidad de comitente, ha de reembolsar a aquélla lo que pagó al asegurado. En cambio, cuando la emisora es una aseguradora, aquel fundamento legal queda desplazado por –ahora sí– un reaseguro en el que la aseguradora emisora actuará como cedente (del reaseguro) y la aseguradora instructora como cesionaria (del reaseguro). El motivo de la postergación del art. 278 CCo es la conceptualización o tintura que la normativa en materia de seguros da a la obligación de pago de una aseguradora a otra aseguradora por haber tenido, esa última, que indemnizar a un asegurado (primario). Para el Derecho de Seguros, eso es un reaseguro (art. 77 LCS). En el caso de la caución indirecta de “primera generación” con intervención de dos aseguradoras, sabemos que la aseguradora emisora es la que, frente al asegurado (de un seguro de caución), ha asumido el compromiso de indemnizarle y, llegado el caso, es quien le pagará la indemnización. Por tanto, desde la perspectiva de la Ley de Contrato de Seguro, si después la aseguradora instructora ha de compensar a la aseguradora emisora por la cantidad abonada al asegurado, la aseguradora instructora lo que está haciendo es reasegurar a la emisora³⁵. La prima que el tomador pagó a la aseguradora instructora, ésta la

³² A cambio, la aseguradora emisora cobra una determinada cantidad de dinero, que no es una prima (de reaseguro) sino una comisión (art. 277 CCo). Es cierto que esa comisión, en la práctica aseguradora, es conocida como “*fronting fee*”, y que a la compañía emisora también se la denomina también compañía de *fronting*. Pero ese “*fronting*” no debe confundirse con la operación de reaseguro con cesión del ciento por ciento del riesgo (v. nuestro trabajo, *Reaseguro: nuevos pactos*, *op. cit.*, p. 52 y ss.).

³³ Como se sabe, se entiende por reaseguro por tratado (o tratado de reaseguro) aquel por virtud del cual el reasegurador cubre, dentro de los límites señalados por el tratado, los riesgos de nacimiento de una pluralidad de dudas que pueden gravar el patrimonio del reasegurado; y esas eventuales deudas son consecuencia de los contratos de seguro de determinadas características celebrados por el reasegurado.

³⁴ Resulta útil la información que proporciona HOYOS, *Seguro...*, *op. cit.*, p. 129.

³⁵ Naturalmente no existe ningún problema en que se pacte que la instructora (que actúa como reaseguradora) pague a la emisora (reasegurada) aun antes de que esta haya abonado la indemnización al

reputará prima (recibida) de reaseguro. No obstante esa canalización de la obligación de reembolso a través del reaseguro, dado que la base de la relación entre aseguradora instructora y aseguradora emisora es el contrato de comisión, las normas reguladoras de la comisión no necesariamente han de quedar total y definitivamente expulsadas del entramado contractual. En la medida en que los acuerdos entre instructora (reaseguradora) y emisora (reasegurada) requieran ser completados, podrá acudir, con la cautela correspondiente, a aquellas normas.

B) Para cerrar el esquema de relaciones que surge en el seguro de caución indirecta de “primera generación” es preciso dirigir ahora la mirada al asegurado. Ya hemos dicho que la obligación de pagar al asegurado corresponde a la entidad emisora (no a la aseguradora instructora). Pero ahora se trata de averiguar si, en su pretensión de cobro, el asegurado ha de dirigirse contra la emisora, contra la instructora o si puede hacerlo contra ambas.

Para despejar la cuestión, con carácter previo habremos de reexaminar la generalizada afirmación de que el seguro de caución es un seguro por cuenta ajena en el sentido del art. 7 LCS. También por su conexión, deberemos reflexionar sobre el papel que desempeña el documento que la aseguradora entrega al asegurado, y en el que manifiesta su compromiso de indemnizarle en caso de incumplimiento de su acreedor – el tomador. Ese documento tiende a denominarse por nuestros estudiosos –e incluso algunas sentencias– “aval”, aunque actualmente en la praxis está mucho más difundido el término –en inglés– “*bond*”. Si éste en los seguros de caución directa suele estar presente, no falta jamás en la caución indirecta “de primera generación” (ya sea la emisora una aseguradora o una entidad de crédito). Es el documento que la emisora entrega al asegurado, indicando con precisión la obligación que queda cubierta, bajo qué requisitos se pagará y la cuantía máxima a pagar. Cuando estas dos cuestiones preliminares hayan quedado debidamente abordadas, entonces surgirá como evidente la respuesta que haya de darse a la cuestión de si, en caso de que el acreedor de la relación subyacente (tomador del contrato de seguro) incumpla sus obligaciones para con su deudor (el asegurado), este último habrá de dirigirse contra la emisora, contra la instructora o si podrá hacerlo contra ambas.

Comencemos por las cuestiones preliminares. Aunque sin existir total unanimidad, reina un amplio consenso en que el seguro de caución es un seguro por cuenta ajena³⁶. De acuerdo con esta calificación, y por virtud del art. 7 LCS, los

asegurado. Correlativamente, aunque el inciso final del art. 68 LCS establece que hecho el pago al asegurado, su aseguradora (en nuestro caso, la instructora) podrá ejercitar la acción de reembolso contra el tomador, perfectamente puede exigirse anticipadamente en cuanto el asegurado reclame que se le abone la indemnización (“*cash cover*”). De este modo, el juego combinado de aquellas dos posibles estipulaciones reduce el impacto de tesorería en la emisora y en la instructora gracias a que en cuanto el asegurado reclame a la emisora el pago, esta inmediatamente se lo comunicará a la instructora que, a su vez, se dirigirá contra el tomador.

³⁶ OLVENCIA, M., “Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro (artículos 68 a 72 de la Ley)”, en VV.AA., *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, VERDERA, E. (dir.), I, Madrid,

derechos derivados del contrato corresponderán al asegurado. A partir de aquí, un sector de la doctrina (y en sede de caución directa, aunque sin denominarla así) resta valor al “*bond*”, asignándole un valor meramente probatorio –o facilitador– de los derechos del asegurado. Gracias al “*bond*”, llegado el caso, el asegurado –viene a decirse– podrá probar ante los tribunales su derecho³⁷. En apoyo de esta interpretación suele traerse a colación la STS 30 julio 1991 (RJ 1991, 5425), que afirmó:

a) La posibilidad de que la Compañía Aseguradora asuma el riesgo frente al asegurado mediante documento separado –ya aludida– no altera los términos del contrato de seguro –la referencia al «asegurado» es muy significativa– sino que debe entenderse en el sentido de que refuerza la posición de éste, al que se provee de dicha documentación –los avales– que no tiene otra finalidad que facilitar el ejercicio de sus eventuales reclamaciones a la aseguradora y que se produce en ejecución del contrato de seguro; b) Siendo así, la interpretación del contrato independizando del mismo los avales conduciría al absurdo de restringir los derechos del asegurado limitándoles al ámbito de la fianza, lo cual es inadmisibile y pugnaria con la razón de ser de la construcción de aquéllos; y c) Resulta perfectamente explicable –y no desvirtúa lo anterior– que, en las relaciones entre la Comunidad de Propietarios asegurada y la Compañía aseguradora, aquélla se refiera a los avales sin invocar el contrato de seguro de que derivaron, pues, realmente, el fin perseguido no era otro que obtener la indemnización del daño patrimonial sufrido en su relación con la tomadora del seguro.

Pero ese planteamiento, a nuestro modo de ver, no puede acogerse sin graves reservas (tanto en caución directa como en indirecta); y ello, por cuanto, creemos, responde a un equívoco sobre el alcance de aquella Sentencia (v. *infra* i); y a una infravaloración de la complejidad técnico-jurídica del seguro de caución (v. *infra* ii).

i) En efecto, parece haber un equívoco sobre el alcance del contenido de aquella Sentencia. Esta –que se ocupaba de un seguro de caución directa– no realiza un análisis (ni general ni del caso concreto) del “*bond*” (o como ella dice “aval”). El Supremo simplemente afronta si un tribunal inferior puede, sin incurrir en incongruencia, fundamentar su decisión en normas distintas a las invocadas por la actora. Basta leer íntegramente la Sentencia para percatarse de que lo que sucedió es que la actora (el asegurado) había empleado (en alusión al documento

1982, pp. 879 y 880; EMBID, J.M., “El seguro de caución: régimen convencional y naturaleza jurídica”, *La Ley*, 1986, II, p. 1064 y ss.; del mismo, “El Seguro de Caución como garantía”, en VV. AA., *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, ALONSO UREBA, A.-BONARDELL, R.-GARCÍA VILLAVARDE, R. (coord.), Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 1990, pp. 704 y 705; TIRADO, “Comentario”, *op. cit.*, p. 1474; BARRES, *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, pp. 166 y 167; MUÑOZ PAREDES, “Seguro de caución...”, *op. cit.*, p. 313; BUSTILLO, *Atipicidad...*, *op. cit.*, pp. 266 y 267; más cauto, sin embargo, CAMACHO DE LOS RÍOS, *Seguro...*, *op. cit.*, p. 69 y ss. La consideración del seguro de caución como seguro por cuenta ajena ha recibido el beneplácito del Tribunal Supremo, v. las STS 5 junio 1992 (RJ 1992, 5002); 6 julio 1998 (RJ 1998, 5417); 14 diciembre 2000 (RJ 2000, 9897); 17 enero 2003 (RJ 2003, 1289); y 27 mayo 2004 (RJ 2004, 4264).

³⁷ EMBID (“Aval, fianza y seguro de caución. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 30 de julio de 1991”, *La Ley*, 1992, I, p. 515 y ss.; CAMACHO DE LOS RÍOS, *Seguro...*, *op. cit.*, pp. 43 y 44; FERNÁNDEZ BARGÜES, J.M., “Reconducción del seguro de caución: mi experiencia”, *RES*, núms. 123-124, 2005, p. 709.

que le había remitido la aseguradora) el término “fianza”, y no el de “seguro de caución”. Sin embargo, la sentencia de apelación admitió la pretensión de la demandada, fundamentándolo en el “seguro de caución”. La aseguradora, en casación, alegó que se había producido una incongruencia extrapetita. Y el Alto Tribunal rechazó que hubiera tal incongruencia, *“dado que lo esencial de la pretensión ejercitada en la demanda –la efectividad de los avales constituidos a consecuencia de los seguros– es sobre lo que se pronuncia la sentencia”*. Y es a continuación, y según el fragmento anteriormente reproducido, cuando explica por qué aquel documento (que denomina “aval”) solo adquiere sentido en el contexto de un seguro de caución. Y es desde ese ángulo como debe leerse: *“Resulta perfectamente explicable [...] que, en las relaciones entre la Comunidad de Propietarios asegurada y la Compañía aseguradora, aquélla se refiera a los avales sin invocar el contrato de seguro de que derivaron, pues, realmente, el fin perseguido no era otro que obtener la indemnización del daño patrimonial sufrido en su relación con la tomadora del seguro”*.

Cuando el Tribunal Supremo en otras sentencias, de una manera u otra, ha dicho que –lo que nosotros llamamos– un “bond” es un complemento al seguro de caución era exclusivamente porque las aseguradoras, al socaire de que en la documentación se hablaba de “aval”, intentaron zafarse de la obligación de pago invocando las normas del Código Civil relativas a la fianza; y así alegaban el beneficio de excusión (STS 26 enero 1995; RJ 1995, 172) o que el asegurado no había probado el incumplimiento cuando en el documento remitido al asegurado se indicaba que era “a primer requerimiento” (STS 13 diciembre 2000; RJ 2000, 10438). Lo que el Alto Tribunal, en definitiva, no admite es que las aseguradoras entremezclen los regímenes de la fianza y del seguro de caución, esgrimiendo uno u otro, según convenga, para cada punto concreto de la controversia judicial. Este es el análisis que el propio Tribunal Supremo hace de su jurisprudencia, tal y como expresamente se indica en la Sentencia 28 mayo 2003 (RJ 2003, 3935)³⁸.

ii) Por otro lado, no debería desatenderse la complejidad técnico-jurídica del seguro de caución. La posición que pueda tener el asegurado frente a la aseguradora no puede simplificarse esgrimiendo que el seguro de caución es un seguro por cuenta ajena de acuerdo con la doctrina mayoritaria. No puede ignorarse lo dispuesto en el art. 7.3 LCS cuando indica, respecto a los seguros por cuenta ajena, que los derechos que derivan del contrato corresponderán al asegurado. Fijémonos que lo que establece ese precepto es que corresponderán

³⁸ Así lo dice: “[S]i bien es cierto que en casos parecidos al presente se ha considerado el documento de aval un complemento del seguro de caución, siempre se ha hecho bajo el designio de defender al asegurado frente a las trabas opuestas por la aseguradora escudándose en excepciones propias de la fianza, como el beneficio de exclusión o la falta de prueba del incumplimiento del obligado principal (STS 26-1-95 y 13-12-00); en definitiva, para impedir un doble juego de las aseguradoras orientado a eludir sus obligaciones frente a quien había confiado en su garantía.”

al asegurado los derechos que “*derivan del contrato*”. Esto significa que habrá que estar al contrato para determinar qué derechos, si es que hay alguno, corresponden al asegurado. Puede que, pese a la existencia de un seguro de caución, un determinado acreedor carezca de derecho alguno. Así sucederá cuando tomador y aseguradora pacten (expresa o tácitamente) que la cobertura se extienda al incumplimiento de las obligaciones del tomador para con los acreedores que, en su momento, el tomador deberá ir identificando, y comunicando, a la aseguradora³⁹. En tanto en cuanto el tomador no precise qué acreedor tiene la condición de asegurado, está claro que un acreedor cualquiera no podrá apelar al art. 7 LCS para que la aseguradora le indemnice⁴⁰.

De la misma manera no debe ponerse reparo alguno a que (expresa o tácitamente) se condicione la indemnización a que el asegurador remita o entregue a una determinada persona (el asegurado) un documento (“*bond*”), gracias al cual queda perfectamente identificado no solo el asegurado, sino, sobre todo, la obligación u obligaciones cubiertas, las —en su caso— condiciones a las que queda sujeta la indemnización y, por supuesto, el importe (máximo) de la indemnización⁴¹. En este caso, el compromiso del asegurador únicamente nace con ocasión de la emisión del “*bond*”. Y solo entonces el asegurado puede jurídicamente reclamar la correspondiente indemnización.

La interpretación aquí defendida engarza, creemos, perfectamente con la actual posición del Supremo, de acuerdo con la cual “*cuando la fianza [o “bond” o “aval”] prestada en documento aparte garantiza plenamente los derechos de quien en la póliza aparece mencionado como asegurado, esta Sala viene afirmando su autonomía, sobre todo cuando el aval es a primer requerimiento*”. Son palabras de la ya mencionada Sentencia de 28 mayo 2003 (RJ 2003, 3935)⁴².

³⁹ Este supuesto es muy frecuente. Respecto a sus relaciones contractuales futuras, el tomador desconoce, en el momento de la suscripción de la póliza, qué acreedores le exigirán que sus obligaciones se vean respaldadas con una garantía (incluida el seguro de caución).

⁴⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., señala: “[o]tras veces en el contrato de seguro por cuenta ajena puede considerarse en otros supuestos como necesaria la determinación del asegurado o grupo de asegurados si así se ha convenido” [“Comentario al art. 7”, en VV.AA, *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 59/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 222].

⁴¹ Ejemplo palmario de condicionamiento tiene lugar cuando en la póliza se establece que la aseguradora no emitirá ningún “*bond*” por propia iniciativa, sino que solo podrá hacerlo a petición del tomador. Habitualmente, además, a pesar de la solicitud formulada por el tomador, la aseguradora no se compromete a emitir el “*bond*”. Tan solo a examinar la solicitud tras el examen de todas las circunstancias del caso, incluidas las relativas a la persona del deudor del tomador, a la obligación garantizada, y a la concreta situación financiera que en ese momento presente el tomador. Solo cuando la aseguradora ha aceptado expresa o tácitamente la emisión del “*bond*” solicitado, se devenga la prima a satisfacer por el tomador.

⁴² Aunque ya la STS 5 julio 2000 (RJ/2000/6010) había afirmado: “*El título básico del demandante para el ejercicio de la acción, es el aval a primer requerimiento, no un contrato de caución del artículo 68 de la Ley del Contrato de Seguro*”. Y aun antes, la STS 30 marzo 2000 (RJ/2000/2314): “*El que este aval aparezca fundado en otro contrato, de fianza o seguro de caución, que son bien distintos, no afecta al tercero, la sociedad demandante, cuyo título para el ejercicio de la acción ha sido el aval que le fue*

Resueltas las anteriores cuestiones preliminares referente al alcance de la afirmación de que el seguro de caución lo es por cuenta ajena y al valor de los “*bonds*”, queda definitivamente expedito el camino para determinar a quién ha de dirigirse el asegurado para reclamar el pago cuando hay caución indirecta de primera generación. Si, como venimos diciendo, la obligación de pago nace en cabeza de la entidad emisora (no de la instructora) y el derecho del asegurado a reclamar la indemnización solo nace cuando la emisora le hace llegar el correspondiente “*bond*”, entonces la conclusión es evidente. El asegurado no puede reclamar el pago a la aseguradora instructora. Solo puede hacerlo a la entidad emisora —esto es, a la que emite el “*bond*”—, con independencia de que se trate de una aseguradora o que sea una entidad de crédito (en cuyo caso el “*bond*” constituirá una fianza bancaria o una garantía a primer requerimiento)⁴³.

4.2. Caución indirecta “de segunda generación”

Según se ha indicado, la significación (inicial) de “caución indirecta” en la 73/239/CEE ha de rastrearse en el Informe *The suretyship in the law of the Member States of the European Communities*, que el Max-Planck-Institut preparó para la Comisión; y de acuerdo con aquella concepción la caución indirecta coincide con lo que hemos venido en denominar caución indirecta “de primera generación”. Pero quizás por la escasa difusión de aquel documento y, en consecuencia, lo arduo de hallar nexo causal entre aquel Informe y la Directiva 73/239/CEE, lo cierto es que, en algunos Estados comunitarios, lleva algún tiempo abriéndose camino con firmeza una concepción distinta de la caución indirecta, a la que nosotros denominaremos en lo sucesivo caución indirecta de “segunda generación”. Ya nos apresuramos a advertir que ambas variantes de la caución indirecta pueden coexistir.

entregado y que expresa que la sociedad emisora (demandada en la instancia y recurrente en casación «Compañía Española de Seguros y Reaseguros de Crédito y Caución, SA») queda obligada... «a primer requerimiento de la “Sociedad Estatal para la Exposición Universal de Sevilla 92, SA” hoy “Sociedad de Gestión de Activos, SA”. [...] El título básico del demandante para el ejercicio de la acción, es el aval a primer requerimiento, no un contrato de caución del artículo 68 de la Ley del Contrato de Seguro”. En la misma línea, SAP Las Palmas 25 septiembre 2001 (JUR 2002, 13198). Crítico con esta doctrina jurisprudencial EMBID, “Problemas actuales...”, *op. cit.*, pp. 55 y 56. En línea, sin embargo, con la interpretación que estamos propugnando, BERGAMÍN, F.J. (“El seguro de caución y el primer requerimiento”, VV.AA., *Las tendencias actuales de los contratos de garantía*, ANGULO, L.-CAMACHO DE LOS RÍOS, J.-HOYOS, C. (dir.), Atelier, Barcelona, 2005, pp. 79-84).

⁴³ La coherencia de la posición defendida se hace aún más evidente si tenemos en cuenta que, como se ha indicado, la aseguradora instructora actúa en calidad de comitente mandando a la emisora (comisionista) que ésta, en nombre propio, asuma frente al asegurado la obligación de pagarle en caso de que el acreedor de la relación subyacente (el tomador) incumpla sus obligaciones para con su deudor (el asegurado). En efecto, de acuerdo con el art. 246 CCo, cuando el comisionista contrate en nombre propio, quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratase, las cuales no tendrán acción directa contra el comitente. Nuestra interpretación es asimismo consistente con la remisión que hemos hecho a las garantías bancarias indirectas. También en este campo (y con específica referencia a las garantías a primer requerimiento) SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Contrato autónomo...*, *op. cit.*, pp. 236 y 237, ha negado que el beneficiario de la garantía bancaria pueda dirigirse contra el banco instructor. Solo lo puede hacer contra el banco emisor.

Conviene comenzar indicando que si en la de “primera generación” el desencadenante de la estructura de la operación es un contrato de seguro de caución (y a partir de ahí por necesidad o conveniencia la aseguradora acude a otra entidad -aseguradora o no-); en cambio, en la de “segunda generación”, el desencadenante es un contrato de garantía (sea fianza o garantía a primer requerimiento). A partir de ahí el garante (generalmente una entidad de crédito) acude a otra entidad, que necesariamente ha de ser una aseguradora. En efecto, en la versión de “segunda generación”, el seguro de caución (indirecta) es suscrito entre una aseguradora y otra entidad que no tiene tal naturaleza (generalmente es una entidad de crédito), que, a su vez ha otorgado –a petición de un obligado contractual o deudor– una garantía personal (fianza o garantía a primer requerimiento) a favor del acreedor de aquel obligado contractual. En el supuesto de que el banco finalmente haya de pagar a aquel acreedor por virtud de la garantía otorgada, se desplegarán los efectos del seguro de caución. La aseguradora pagará (generalmente) una cuota parte de la cantidad abonada por el banco al beneficiario de la garantía. Y esto visto desde la perspectiva contraria significa que el banco recuperará, gracias a la aseguradora, (generalmente) una cuota parte de la cantidad que abonó. Por otro lado, cuando el banco se reembolse, a costa del garantizado, la cantidad abonada al beneficiario de la garantía, una cuota parte de esa suma se la transmitirá a la aseguradora.

Debe destacarse inmediatamente que esa forma de entender el seguro de caución indirecta, hasta donde hemos podido averiguar, ha sido validada, en primer lugar, en Francia⁴⁴. Parece que también lo ha sido en Bélgica⁴⁵. Y su admisibilidad traspasado los países comunitarios francófonos. También, en concreto, ha tenido lugar en Portugal,

⁴⁴ Un apunte ya puede ser apreciado en JACOB, N., *Les assurances*, 2ª ed., Dalloz, Paris, 1979, pp. 247 y 248; y más claramente en WATTINE, D., *Assurances et opérations de cautionnement*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1991, p. 77 y ss.; BASTIN, J., *La défaillance de paiement et sa protection, l'assurance-crédit*, L.G.D.J., Paris, 1991 (que nosotros hemos consultado en su traducción al español *El seguro de crédito. Protección contra el incumplimiento de pago*, Editorial Mapfre, Madrid, 1993, p. 275). La verdad es que no hay consenso en el uso de la terminología. Parece que para el seguro de caución directa tiende a emplearse “*assurance-cautionnement*”, mientras que para la variante de “segunda generación” de la caución indirecta parece preferirse “*assurance-caution*”.

⁴⁵ Basta con hojear el Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes de Bélgica. Así en el año 2010 se presentó una proposición de ley tendente a equiparar el seguro de caución al seguro de crédito a efectos de no estar aquél sujeto a determinado impuesto. En la justificación de esa proposición (accesible en <http://www.dekamer.be/FLWB/PDF/53/0599/53K0599001.pdf>) encontramos (pp. 4 y 5) una muy clara explicación de en qué consiste el seguro de caución indirecta (en la variedad de “segunda generación” que ahora nos ocupa): “*Dans la directive européenne 73/239/CEE du 24 juillet 1973, en vertu du point A de l'annexe, l'assurance-caution tombe sous la branche 15, au sein de laquelle on différencie:*

— *la caution directe (assurance-cautionnement), où l'assureur se porte directement garant solidaire pour le débiteur (preneur d'assurance) en faveur d'un tiers (créancier);*

— *la caution indirecte (assurance-caution), qui est une assurance en faveur de ceux qui se sont portés personnellement garants au profit de tiers (créanciers) mais qui ne sont pas eux-mêmes assureurs (ils sont dans ce cas assurés); il s'agit donc, dans ce cas, d'une manière pour les banques, les caisses de caution, et même les personnes physiques, de réduire le risque qu'elles assument; elles se déchargent d'une partie du risque sur les épaules de l'assureur et créent ainsi de la capacité pour l'octroi de cautions supplémentaires.*

Cette distinction est maintenue dans la proposition de directive, dénommée “Solvency II”, publiée par la Commission européenne en 2007”.

cuya regulación del seguro de caución es muy similar a la española⁴⁶. En efecto, los autores lusos que en los últimos años se ha ocupado del seguro de caución hacen coincidir la figura de la caución indirecta con lo que aquí hemos venido en llamar caución indirecta “de segunda generación”⁴⁷. Y el Tribunal Supremo portugués ha dado por buena dicha interpretación⁴⁸.

A través de esta variante de “segunda generación” del seguro de caución indirecta, se hace viable transitar de la tradicional rivalidad entre aseguradoras de caución y entidades de crédito por un mismo mercado (el de los productos que funcionalmente otorguen garantía), hacia estrategias cooperativas. Varias pueden ser las razones por las cuales esa nueva estrategia resulte de interés tanto para entidades de crédito como para aseguradoras. Y todas ellas muestran que la variante de “segunda generación” puede cumplir un importante papel económico, que debería ser tenido muy en cuenta por el intérprete en su análisis jurídico. Los juristas, especialmente los iusprivatistas, estamos obligados a repensar o visitar en términos críticos nuestra forma tradicional de entender el Derecho en general y, por lo que ahora importa, el contrato de seguro. Solo de esta manera tendremos posibilidad de no caer en el riesgo de fosilizar los contratos, tan dañino para el espíritu de innovación contractual esencial en toda economía de mercado

Para las entidades de crédito, la caución indirecta de “segunda generación” puede ser de utilidad, típicamente, en al menos tres situaciones. En primer lugar, cuando la garantía personal otorgada a favor del acreedor (el beneficiario de la garantía) no cuente con contragarantías de respaldo (sean contragarantías reales, sean contragarantías

⁴⁶ El art. 162 del *Decreto-Lei n.º 72/2008, de Regime Jurídico do Contrato de Seguro* establece: “*Por efeito do seguro-caução, o segurador obriga-se a indemnizar o segurado pelos danos patrimoniais sofridos, em caso de falta de cumprimento ou de mora do tomador do seguro, em obrigações cujo cumprimento possa ser assegurado por garantia pessoal*”. Por su parte, el art. 165 indica: “*No seguro-caução, além da sub-rogação nos termos do número anterior, o contrato pode prever o direito de regresso do segurador contra o tomador do seguro, não podendo, na conjugação das duas pretensões, o segurador exigir mais do que o valor total despendido*”. Junto a la ley general, existe una norma especial que complementa a aquélla: el *Decreto-Lei n.º 183/88, de Regime Jurídico dos Seguros dos Ramos Crédito e Caução*. Su art. 1.5 dispone: “*No seguro de caução compreende-se o seguro de caução directa e indirecta...*”, y, por su parte, el art 6.1 señala: “*O seguro de caução cobre, directa ou indirectamente, o risco de incumprimento ou atraso no cumprimento das obrigações que, por lei ou convenção, sejam susceptíveis de caução, fiança ou aval*”.

⁴⁷ VASQUES, J., *Contrato de seguro. Bases para uma teoria geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 72; JARDIM, M., *A Garantia Autónoma*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 227; SIMÃO, J.C., “O contrato de seguro-caução: contributo para um estudo do seu regime legal e compreensão da sua natureza jurídica”, *O Direito*, 145, III, 2013, p. 688.

⁴⁸ V. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça 12 noviembre 2001 (Processo 1083/01), apoyándose en VASQUES, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 72; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça 20 noviembre 2003 (Processo 03B3725); Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça 9 febrero 2006 (Processo 06B024). La fórmula empleada es siempre la misma: “*O beneficiário da indemnização pode ser o credor da obrigação a que se reporta o contrato de seguro, caso em que se está perante o contrato de seguro caução directa, ou a pessoa que garantir o cumprimento da referida obrigação, situação que se configura como contrato de seguro caução indirecta*”. Como no podía ser de otra manera, las instancias inferiores también se alinean con el Tribunal Supremo. Por el hecho de no invocar la autoridad de VASQUES, sino la de JARDIM, *Garantia...*, *op. cit.*, p. 227, véase a título ejemplificativo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa 23 septiembre 2008 (Processo 3033/2008-1). Hemos accedido a todas esas resoluciones judiciales a través de la “*Base de Dados Jurídica Almedina*”, disponible en <http://bdjur.almedina.net/>.

personales otorgadas por un tercero distinto del afianzado o garantizado). En segundo lugar, cuando aun habiendo contragarantías, estas no son, en términos financieros, suficientemente robustas. Y, en tercer lugar, para cubrir el desfase temporal de tesorería que media entre, por un lado, el pago derivado de la garantía otorgada por el banco y, por el otro, el cobro de lo abonado a través de la acción de reembolso o de la, en su caso, ejecución de las contragarantías de las que disfrute el banco. En cualquier de los tres casos, la posición financiera de la entidad de crédito queda reforzada (o aún más reforzada) gracias a la caución indirecta de “segunda generación”, y, por tanto, estará en mejor disposición de inyectar más dinero en el mercado del crédito.

También son variadas las ventajas para la aseguradora. En primer lugar, consigue indirectamente nuevos clientes: los “clientes bancarios”. En segundo lugar, incrementa su volumen de primas recibidas gracias a la pagada por la entidad de crédito. Y, en tercer lugar, reduce sus costes de monitorización del deudor de la relación subyacente, porque esos costes los asume la entidad de crédito, pues el afianzado o garantizado es (directamente) cliente suyo⁴⁹.

Visto que militan a favor de la variante de “segunda generación” del seguro de caución indirecta tanto la admisión de la figura en diversos países (por cierto, muy próximos geográfica y jurídicamente al nuestro) como el importante papel económico que aquella puede desempeñar, ahora lo que procede es confirmar si la operación es lícita también en Derecho español. Y para ello tendremos en cuenta tanto la Ley del Contrato de Seguro y, especialmente, su art. 68 (v. *infra* A), como el Código de Comercio y, en concreto, los arts. 239 y ss. (v. *infra* B).

A) Al igual que la caución indirecta de “primera generación”, a nuestro juicio, la de “segunda generación” es válida y queda cubierta por el paraguas del art. 68 LCS. Repárese en que, como la de “primera generación”, también la de segunda es una operación cuatripartita: hay un deudor y un acreedor en la relación subyacente, (generalmente) una entidad de crédito y, finalmente, una aseguradora. El hecho de que el desencadenante sea el otorgamiento (generalmente por un banco) de una garantía al acreedor y, a partir de ahí, se concierte un seguro es irrelevante a efectos del art. 68 LCS. Sencillamente sería el camino inverso a una caución indirecta de “primera generación” en la que la instructora fuera una aseguradora y la emisora una entidad de crédito⁵⁰. Donde de cara a aquel precepto, podría aducirse que existen dificultades es en que la tríada formada por asegurador, tomador y asegurado no se corresponde con tres personas distintas, pues las figuras de tomador y asegurado recaen en una misma

⁴⁹ Resulta lógico que los costes de monitorización los asuma la entidad de crédito. No solo porque el deudor de la relación subyacente es cliente suyo, sino, además, porque, por su propia actividad, las entidades de crédito disfrutan de la alta especialización y de las economías de escala que generan sus departamentos de análisis de riesgo.

⁵⁰ Por supuesto, es igualmente irrelevante que en la caución de “primera generación”, la entidad emisora recuperará de la aseguradora instructora la cantidad íntegra que haya satisfecho al asegurado, y en la de “segunda generación”, de la entidad pagada al beneficiario de la garantía, la otorgante de ésta solo puede pedir una parte a la aseguradora.

persona: la entidad de crédito⁵¹. Pero esta primera impresión o análisis pecaría de epidérmico, esto es, no penetraría en la sustancia de la operación. Nos explicamos.

Es cierto que formalmente, además de tomador, el banco es el asegurado. Pero materialmente lo sigue siendo el acreedor de la relación subyacente (es decir, el beneficiario de la garantía bancaria). El dinero que la aseguradora habrá de hacer llegar al banco (que será una cuota parte de lo que el banco haya de pagar) tiene –solo puede tener– como destino el pago a aquel acreedor⁵². De esta manera se revela que el banco no es más que un asegurado transitorio y formal. El real y material en última instancia, aunque sea indirectamente, lo es el acreedor en la relación subyacente.

Desde esta perspectiva se aprecia que, al igual que en la variante “de primera generación”, también en la de “segunda generación” hay un desdoblamiento. En efecto, según veíamos, en la de “primera generación” el papel del asegurador se desdoblaba en dos: la aseguradora instructora (que es quien contrata con el tomador) y la entidad emisora. Esta última, aun no siendo parte del contrato de caución, es quien asume frente al asegurado el compromiso de pagarle llegado el caso, y, por tanto, en términos reales, cumple la función del asegurador. En cambio, solo en términos puramente formales el asegurador es la instructora (que es quien suscribe el contrato de seguro con el tomador), dado que no será la obligada a pagar al asegurado.

En la variante de “segunda generación” sucede algo muy similar. Hay un desdoblamiento en dos de la figura del asegurado: por un lado, el asegurado formal (la entidad bancaria); y, por el otro, el asegurado material (el acreedor de la relación subyacente). Bien podría decirse que formalmente asegurado solo hay uno (el banco), pero no es el verdadero. Esta condición solo la ostenta el acreedor de la relación subyacente. La suma que le corresponda provendrá, desde luego del banco, pero también de la aseguradora.

Pero los paralelismos entre la variante “de primera generación” y la de “segunda generación” no acaban ahí. Así de la misma manera que en la caución indirecta “de primera generación” no hay relación directa –solo indirecta– entre la aseguradora instructora y el asegurado (el acreedor de la relación subyacente), tampoco en la de “segunda generación” hay relación directa entre la aseguradora y el asegurado real (el acreedor de la relación subyacente). La relación es indirecta. Y el riesgo que de acontecer activará ambas variantes de la caución indirecta es el mismo: que el deudor de la relación subyacente no cumpla sus

⁵¹ Podría incluso continuar diciéndose que cuando tomador y asegurado coinciden estaríamos en un seguro de crédito, que tiene la cerenante limitación de que solo puede cubrir el riesgo de insolvencia definitiva del deudor (arts. 69 y 70 LCS).

⁵² Aunque, naturalmente, la cantidad que corresponda ser pagada por la aseguradora, ésta se la entrega de manera inmediata al banco, que reducirá así los fondos que ha de disponer para la satisfacción de la garantía bancaria; y esa garantía –no lo olvidemos– tiene por objeto cubrir la obligación de otro, la obligación del deudor para con el acreedor.

obligaciones para con su deudor⁵³. Únicamente variarán los circuitos contractuales. En la de “primera generación”, la aseguradora emisora pagará la indemnización y recuperará lo abonado gracias a la aseguradora instructora. En la de “segunda generación”, el banco pagará y recuperará parte de lo abonado gracias a la aseguradora⁵⁴.

B) Sinceramente creemos que los argumentos expuestos deben conducir a admitir que la caución indirecta de “segunda generación” queda cobijada por el art. 68 LCS. Pero aun si no se compartiera esta interpretación, aseguradoras y entidades de crédito dispondrían de un camino alternativo para articular la misma estrategia cooperativa. Nos referimos a las cuentas en participación al amparo del art. 239 CCo. Según este precepto, podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que convinieren, y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen. El gestor vendría a ser la entidad de crédito y la condición de cuentapartícipe recaería en la aseguradora. Y lo mismo que si se aceptara la canalización de la operación a través del contrato de seguro de caución, desde la perspectiva de las cuentas en participación tampoco el beneficiario de la garantía bancaria tendría acción directa contra la aseguradora (*ex* art. 242 CCo). E igualmente como sucedería si nos ubicáramos en el terreno del contrato de seguro, la liquidación y la rendición de cuentas correspondería al gestor, es decir, al banco (*ex* art. 243 CCo).

Con relación a la vía que acaba de abrirse, debe recordarse que pese a la larga tradición que nuestro ordenamiento tuvo la interdicción de que las aseguradoras entraran en cuentas en participación, ni la LOSSP de 1995 ni, por supuesto, el actual Texto Refundido no las mencionan ya entre las prohibiciones a las que están sometidas las aseguradoras. Deben, por tanto, estimarse lícitas⁵⁵.

Así pues, a través de las cuentas en participación queda definitivamente despejado el camino para que aseguradoras y entidades de crédito realicen la operación

⁵³ Esta forma de entender el riesgo el indirecto está perfectamente alineada con la concepción que del mismo se tiene respecto a las entidades de crédito. Al fin y al cabo, desde una perspectiva económica, aseguradoras y bancos son entidades financieras. Se considera que las entidades de crédito asumen riesgo directo cuando los contraen con los primeros obligados al pago; en cambio, se entiende que hay riesgo indirecto cuando se cubre total o parcialmente el riesgo asumido por los garantes de riesgo directo (v. art. 2 de la Norma segunda de la Circular 1/2013, de 24 de mayo, del Banco de España, sobre la Central de Información de Riesgos).

⁵⁴ Se aprecia así con toda claridad que la caución indirecta de “segunda generación” no es un seguro de crédito. En este el riesgo es la insolvencia definitiva de los deudores del asegurado. En la caución indirecta (sea “de primera generación”, sea de “segunda generación”) es que el deudor de la relación subyacente no cumpla sus obligaciones para con su deudor.

⁵⁵ V., respecto a la situación pasada, TIRADO, F.J., *Ley ordenadora del seguro privado –exposición y crítica–*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1984, p. 55; y para la actual, ROMERO, B., *El reaseguro*, I, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001, p. 110, que señala que el cambio legislativo obedece al propósito de permitir las cuentas en participación, siempre que ese contrato no sea contrario a los fines y objeto de una aseguradora.

que hemos venido describiendo. En cualquier caso, estamos convencidos de que esa operación también puede instrumentarse a través de un seguro de caución. Creemos, pues, que el ordenamiento jurídico español habilita dos caminos, ambos perfectamente lícitos, para llegar al mismo fin: el seguro de caución y las cuentas en participación⁵⁶. El tiempo dirá cuál es la senda preferida. Nosotros simplemente hemos intentado sentar las bases jurídicas que la operación requiere. Pero solo los operadores económicos estarán en condiciones de valorar si están interesados en implantar en España la caución indirecta de “segunda generación”. Es turno, pues, de las fuerzas del mercado.

⁵⁶ De admitirse la viabilidad de ambas fórmulas tendemos a creer que, llegado el caso, los tribunales de justicia (y los autores que en lo sucesivo se ocupen del tema) tenderán a considerar que la verdadera naturaleza de la caución indirecta de “segunda generación” es la de un contrato de seguro. Podría aducirse que al ser una de las partes del contrato una aseguradora, se despliega la, de facto, vis atractiva del contrato característico de las aseguradoras: el contrato de seguro. Bastaría con fijarse en que, en caución directa, los tribunales se han decantado por la naturaleza asegurativa del contrato frente a la fianza a pesar de que funcionalmente el seguro de caución cumple la misma misión (v., por todos, TIRADO, “Comentario”, *op. cit.*, pp. 1467-1474; de PUIG, F., *Función y riesgo en el seguro de caución*, Eunsa, Pamplona, 2005, pp. 250-261; y de CARRASCO sugerimos la lectura de su “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1990”, *CCJC*, 23, 1990, p. 658 y ss.; y más completo, “El seguro de caución”, en VV.AA., *Tratado de los Derechos de Garantía*, en CARRASCO-CORDERO-MARÍN, I, 2ª ed., 2008, Thomson, Cizur Menor, 2008, pp. 649-653). Y por lo que se refiere a las cuentas en participación, mucho se ha escrito y debatido sobre si el contrato de reaseguro, en realidad, es un mero contrato de cuentas en participación. Aunque, a la postre, se ha acabado concluyendo que es un auténtico contrato de seguro (v., con profusión de citas, ROMERO, *Reaseguro*, I, *op. cit.*, p. 109 y ss.).